Edité par l'association

Lexpia

Palimpseste

Imprimé et diffusé par

LexisNexis

REVUE COMMUNICATION COMMERCE ÉLECTRONIQUE

Revue des étudiants du Master 2 Droit de la Propriété Intellectuelle Appliquée, Université Paris Est
Direction du Master 2 : Professeur Christophe Caron

Sommaire

Chronique du mois **:** Données à caractère personnel ou propriété intellectuelle, il faut choisir ! p.2

Décision du mois **:** Absence de protection de la fonctionnalité des programmes d'ordinateur p.4

Brèves **:** p.5
> Programme annuel des contrôles de la CNIL pour 2012
> Célébration de la journée mondiale de la Propriété intellectuelle
> 3 mai : ouverture en France des nouveaux IDNs

Article **:** Compétence juridictionnelle en matière d'atteinte à un droit d'auteur sur Internet : une clarification espérée de la CJUE p.6

Focus **:** Exception of ephemeral recordings : alternative conditions in case of recordings made by a third party p.7

Interview **:** Victor NABHAN, Président de l'ALAI (Association littéraire et artistique internationale) p.8

L'équipe Palimpseste

Rédactrice en chef
Fanny CONY

Responsables de rubriques
Floriane CHARTIER
Mathilde DAUMAS-CONDOMINES
Amélie LE BRETON DE VANNOISE
Julie GEMPTEL

L'association LEXPIA

Présidente
Diane PELLET

Vice-présidente
Sophie DE MAREZ OYENS

Pôle communication
Julie GEMPTEL
Lucille JUMEL
Laurène LABORDE
Eva NAUDON
Marion PERRUCHE

Secrétaire
Pierre-Emmanuel MEYNARD

Trésorière
Najma BICHARA

Webmaster
Coralie BENARD
Alexandra CHARNOIS

Retrouvez Palimpseste
sur : **www.masterpia.com**

Editorial

Pour une jouissance paisible du numérique !...

Yves BISMUTH
Associé, Cabinet Bismuth
Chargé d'enseignement à la Faculté de Droit de Paris XII

Ouvert à tous les justes, le monde du numérique l'est aussi à tous les méchants.
Ainsi, nous nous trouvons souvent aux frontières de la fraude et de l'atteinte aux biens et aux personnes.
Pour le commerce électronique, la malice aboutit à la concurrence déloyale, pour les protections privatives à la contrefaçon, pour les données personnelles à leur détournement : il importe donc que les actes illicites engagent la responsabilité pénale ou civile de leurs auteurs.
C'est le premier constat positif de l'application du droit au numérique !
Deuxième constat : l'information est devenue un bien précieux tant pour la stocker, la transporter, la reproduire, la traiter : elle est devenue une valeur marchande, un produit, un bien indépendant à la fois de son support matériel et de la prestation qui le délivre.
Le Droit a consacré à la fois l'auteur et le contenu de l'information. Le droit a non seulement reconnu le Droit à l'information, mais aussi le Droit sur l'information, comme l'indiquait le regretté Professeur CATALA, il y a 30 ans déjà ! Mais face au tourbillon des techniques le droit, s'il doit les comprendre, ne doit jamais s'y soumettre !
Troisième constat : le numérique est devenu un outil de communication universel ! Les réseaux ont aboli tous points de contrôle ! Ainsi, ils ont amplifié les problèmes qui sans eux garderaient une dimension plus maîtrisable !
Que serait alors ce monde des réseaux sans Droit pour les régir et les réguler ? C'est là encore l'aspect positif de l'apport du Droit au numérique.
Mais plus encore, tenant compte de la position extatique de l'homme face au numérique, comme le dénonçait Alain Finkielkraut, le Droit se doit de le protéger contre lui-même, pour que l'homme ne renonce pas à ses libertés fondamentales.
Ainsi, dans ce monde anxiogène où le danger, qu'il soit physique, social, économique, est ressenti par chacun, le Droit se doit de faire en sorte que le numérique n'en soit pas une manifestation nouvelle.
C'est ce que j'appelle l'aspiration de l'homme à une jouissance paisible du numérique !

Données à caractère personnel ou propriété intellectuelle, il faut choisir !

Si le droit à la vie privée, liberté fondamentale consacrée par l'article 8 de la CEDH, inclut dans son sillage la protection des données personnelles, il n'en demeure pas moins une difficulté tenant à sa nécessaire conciliation avec, notamment, le droit de la propriété intellectuelle. Or, depuis des décisions Promusicae (CJCE, 29 janv. 2008, C-275/06) et Scarlet / Sabam (CJUE, 24 nov. 2011, C-70/10), a été mis en exergue par les juges européens l'impératif de conjuguer le monopole conféré aux titulaires de ces droits incorporels avec d'autres droits fondamentaux.

L'Europe surfe sur la vague des données personnelles…

Face à la confrontation de pareils enjeux, l'Europe semble implicitement avoir tranché en faveur du sacro-saint principe que constitue le droit à la vie privée. En France, la loi Informatique et Libertés du 6 janvier 1978 en constitue une parfaite illustration en ce qu'elle prévoit de « *solides garde-fous* », selon la CNIL, à la disposition des personnes physiques dont les données personnelles font l'objet d'un traitement automatisé : droit à l'information, d'opposition, d'accès et de rectification.

Pour l'heure, en raison du développement croissant de l'ère numérique, la protection des données à caractère personnel sur Internet est au cœur de toutes les préoccupations, et la CNIL prend sa mission de défenderesse du droit à la vie privée très au sérieux.

Preuve en est avec la récente affaire concernant Google dont les règles de confidentialité sont sous les projecteurs, l'objet de l'inquiétude mondiale concernant les données personnelles. La raison : une rationalisation des données que l'utilisateur abonné fournit à Google, selon une charte de règles de confidentialité unique qui met fin, depuis le 1er mars 2012, à la mosaïque baroque constituée par la juxtaposition de chartes différentes selon l'application utilisée. Si cette fusion semble *a priori* louable, des voix se sont élevées pour souligner qu'elle ne saurait se faire au détriment de l'appréhension des données personnelles collectées. Il est craint en effet que les annonceurs n'obtiennent des données auxquelles ils ne pouvaient accéder auparavant ou ne procèdent à des recoupements d'activités. Et ce, au nez et à la barbe des utilisateurs.
Il est vrai que le retentissement est à la mesure des effets prévisibles car Google, qualifié par les médias de « géant mondial », touche une catégorie très vaste d'utilisateurs.

Il n'en a pas fallu davantage pour que les autorités européennes de protection des données ne réagissent, relevant ainsi que Google ne respecterait pas les règles de la directive 95/46/CE du 24 octobre 1995, relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel, en termes d'information des personnes. De l'autre côté de l'Atlantique, deux élus américains ont intimé à la firme de s'expliquer devant le Congrès. Faute d'avoir pu contraindre Google à retarder la mise en place de ces nouvelles règles, la CNIL, mandatée par ses homonymes, lui a adressé un questionnaire détaillé visant à clarifier les incidences de sa politique. Les réponses se veulent rassurantes, la firme, conciliante, mais sans que cela n'affecte sa détermination, implacable.

Si elle offre certes des garanties, notamment sur les paramétrages par défaut, la démarche de Google est symptomatique d'une difficile adéquation entre des règles de protection des données personnelles, d'une part, et les préoccupations économiques des acteurs d'Internet, d'autre part. Avec au centre, l'utilisateur, tiraillé entre son statut de consommateur et d'individu.

Une transition inévitable vers le Web 3.0 qui émeut, un colosse du Web qui se montre accort mais résolu, voilà des éléments qui ont pu donner le « *la* » à la volonté de légiférer. Depuis peu, une proposition a en effet vu le jour : il s'agit d'un projet de règlement en date du 25 janvier 2012 prônant un renforcement de la protection des données personnelles sur Internet tout en améliorant leur libre circulation dans l'Union Européenne. Ce texte prévoit quelques modifications notables.

Tout d'abord, concernant le droit à l'information, il sera facilité et des informations supplémentaires devront être communiquées à l'intéressé, telles que la durée de conservation desdites données ou encore les coordonnées du responsable de traitement. Il est également garanti un droit à l'oubli numérique : dorénavant, chacun pourra solliciter des responsables de traitement (des réseaux sociaux, notamment) qu'ils effacent et qu'ils cessent de diffuser les données rendues disponibles par la personne lorsqu'elle était enfant, dès qu'elles ne sont plus nécessaires à la finalité poursuivie, voire quand la personne revient sur son consentement.

En outre, le projet instaure un droit à la portabilité des données, c'est-à-dire celui de transmettre des données d'un système de traitement automatisé à un autre, dans un format électronique couramment utilisé, sans que le responsable du traitement ne puisse y faire obstacle.

Autre grande nouveauté : l'harmonisation des législations des Etats membres, en vue d'instaurer un corpus de règles communes à l'Union Européenne. Les autorités nationales indépendantes chargées de la protection des données verront leurs pouvoirs accrus et pourront infliger des amendes.

L'initiative a été encouragée par la majorité des acteurs européens, dont l'Organisme européen de défense des consommateurs, sa directrice, Monique Goyens, ayant déclaré : « *ces dernières années, les informations personnelles étaient traitées comme monnaie d'échange sans que les consommateurs n'en soient jamais informés. Aujourd'hui, l'Europe a franchi un pas significatif, elle se prépare à rendre les droits sur les données personnelles à leur véritable propriétaire : la personne* ».

Cela étant, ce texte éveille quelques critiques :

la CNIL regrette le fait que soit retenu comme critère de compétence territoriale celui de l'établissement principal de l'entreprise. De plus, demeure toujours le problème du *cloud computing,* d'une part, dont l'externalisation paraît contraire à la protection des données personnelles, et celui de la conciliation avec la défense des droits de propriété intellectuelle, d'autre part, qui suppose de recueillir l'identité du présumé contrefacteur. En effet, on peut regretter que le droit à la vie privée ait la mainmise sur la propriété intellectuelle, pourtant enjeu majeur au niveau mondial.

… A contre-courant, les Etats-Unis font prévaloir la propriété intellectuelle

Certains Etats optent pour une protection accrue de la propriété intellectuelle, au détriment parfois de la confidentialité des données. L'impulsion de ce mouvement a été donnée par les Etats-Unis et connaît aujourd'hui un rayonnement qui a traversé l'Atlantique et fait des émules en Europe.

En effet, pour tenter d'enrayer le téléchargement illégal, les Etats-Unis ont élaboré notamment le SOPA *(« Stop Online Piracy Act »)* permettant le blocage DNS des sites, même étrangers, portant atteinte aux lois américaines sur le droit d'auteur. Le texte prévoyait aussi un déréférencement ainsi qu'un éventuel gel des comptes de ces sites.

Le projet a été introduit à la Chambre des représentants fin octobre mais son vote a été repoussé par le Sénat sous haute pression. Quelle pression ? Sans doute les virulentes critiques dont le texte a fait l'objet. Plusieurs acteurs du Web, notamment Google, Facebook et eBay, ont signé une lettre ouverte, parue dans le *New York Times*, critiquant les mesures apportées, des centaines de sites Internet ont affiché des pages anti-SOPA, Wikipédia a fermé son site pendant 24 heures, tandis que Google a affiché un lien renvoyant vers une pétition qui a récolté quelques 4,5 millions de signatures.

Toutefois, consécutivement à l'échec avéré du projet SOPA, les Etats-Unis ne se sont pas pour autant freinés dans leur démarche en faveur de la protection de la propriété intellectuelle. Un nouveau projet CISPA (« *Cyber Intelligence Sharing and Protection Act* ») a été déposé à la Chambre des représentants en novembre dernier, visant à favoriser le partage de renseignements entre le gouvernement américain et le secteur privé. Les « cybermenaces » pouvant justifier le recours à cette loi sont définies largement comme toute information relative à la « *vulnérabilité ou à la menace pour un système ou un réseau* » *et visant à « dégrader, perturber ou détruire un tel système ou réseau* », ainsi que « *le vol ou détournement d'informations privées ou publiques, de la propriété intellectuelle ou d'informations personnelles* ».

Sans s'appliquer exclusivement aux œuvres de copyright, CISPA a tout de même une incidence : il supprime toute responsabilité à l'égard des sociétés qui collecteraient des données personnelles d'utilisateurs pour les partager avec le gouvernement ou une autre entreprise. On comprend ainsi pourquoi ce texte reçoit davantage les faveurs des géants du Net qui avaient tant décrié le projet SOPA sans toutefois satisfaire les associations américaines de défense des droits et libertés sur Internet. L'Electric Frontier Fondation (EFF) a notamment déploré le fait que CISPA «*autorise les entreprises à espionner les utilisateurs et partager des informations privées (…) grâce à une immunité de responsabilité civile et pénale quasi-totale*». Malgré tout, le projet CISPA a été approuvé le 26 avril 2012 par la Chambre des représentants des Etats-Unis. Au Sénat de se prononcer maintenant.

Dans le même temps, les vagues de l'océan SOPA et CISPA sont parvenues jusqu'à l'Europe, provoquant un raz-de-marée. L'Union Européenne et plus particulièrement Neelie Kroes, la commissaire européenne chargée des nouvelles technologies, a réagi en qualifiant SOPA de *« mauvaise législation »* et en estimant qu'une *« régulation de l'Internet doit être efficace, proportionnée et préserver les bénéfices d'un réseau ouvert »*. Sans nul doute, une prise de position claire en faveur de la liberté du Net et de la protection essentielle des données personnelles.

Néanmoins, le projet SOPA a tout de même inspiré certaines législations en Europe, comme en Irlande où une loi, rebaptisée « *Irish SOPA* », prévoit l'éventuel blocage de certains sites. Notons qu'elle pourrait être susceptible de recours devant la Cour de Justice qui s'est déjà prononcée en défaveur de tout filtrage généralisé au nom de la protection du droit d'auteur. Parallèlement, en avril 2012, la Grande-Bretagne évoque un nouveau projet sécuritaire sur Internet qui donnerait l'autorisation aux fournisseurs d'accès à Internet de concevoir des *hardwares* en relation directe avec les instances d'écoute du gouvernement. En somme, des mouchards qui ne concerneraient pas le contenu des messages mais uniquement l'heure, la durée, le numéro de téléphone ou l'adresse e-mail qui sont, cela va sans dire, des données personnelles protégées. Face à la montée de boucliers, il est probable que ce projet connaisse le même sort que le projet SOPA.

S'il faut choisir entre la primauté des données personnelles ou de la propriété intellectuelle, les Etats-Unis tranchent en faveur de la seconde partie de l'équation, *a contrario* l'Europe semble plus encline à privilégier la vie privée, bien que certains pays de *common law* tentent de s'évader de cette prise de position.

Alexandra CHARNOIS

Mathilde DAUMAS CONDOMINES

Lucille JUMEL

Absence de protection de la fonctionnalité des programmes d'ordinateur

L'arrêt rendu le 2 mai 2012 par la Cour de Justice de l'Union Européenne vient préciser les contours de la protection des programmes d'ordinateur qui se caractérise par un particularisme certain au sein du droit d'auteur. En l'espèce, il s'agissait principalement de déterminer si la fonctionnalité et le langage de programmation pouvaient être protégés par le droit d'auteur. Une société avait créé un logiciel de substitution reproduisant le fonctionnement d'un logiciel de traitement et d'analyse de données, sans avoir eu accès à son code source, que ce soit de manière directe ou par décompilation du code objet. Grâce à l'étude et l'utilisation d'une version acquise légalement sous licence, le fonctionnement du logiciel et de son langage spécifique avait été appréhendé, et un logiciel de substitution capable d'exécuter des programmes d'application écrits dans ce langage avait été développé.

Suite au recours du demandeur, la High Court of Justice, Chancery Division, a posé une série de questions préjudicielles à la CJUE, afin que soit précisé le périmètre de la protection accordée aux programmes d'ordinateur par la directive 91/250/CE du 14 mai 1991 relative à la protection juridique des programmes d'ordinateur.

En premier lieu, la Cour devait décider si la fonctionnalité d'un programme d'ordinateur ainsi que le langage de programmation et le format de fichiers de données utilisés constituaient une forme d'expression de ce programme et pouvaient, à ce titre, être protégés par le droit sur les programmes d'ordinateur au sens de cette directive. En référence à l'arrêt du 22 décembre 2010 (C-393/09) qui avait refusé la protection spécifique des programmes d'ordinateur à l'interface logicielle, la Cour réaffirme que l'objet de la protection conférée par la directive 91/250/CE vise toutes les formes d'expression du programme d'ordinateur permettant de le reproduire dans différents langages informatiques, tels le code source et le code objet. La Cour constate ensuite que ni la fonctionnalité d'un programme d'ordinateur ni le langage de programmation et le format de fichiers de données ne relèvent de ces formes d'expression du logiciel, ni n'entrent dans le domaine d'application de la directive 91/250/CE.

La Cour confirme donc que les différents composants d'un logiciel doivent être protégés de manière distributive, notamment par le droit spécifique des programmes d'ordinateur pour le code source et le code objet, le droit commun du droit d'auteur pour le langage de programmation, le format de fichier ou l'interface s'ils sont une création intellectuelle propre à leur auteur (CJUE, 22 décembre 2010, C-393/09). Cependant, la fonctionnalité d'un logiciel demeure exclue de toute protection par le droit d'auteur. Cette exclusion classique en droit français (Civ. 1ère, 13 décembre 2005, n° 03-21.154) se justifie par le principe de non appropriation des idées. Justification à laquelle la Cour ajoute la sauvegarde du progrès technique et du développement industriel. La fonctionnalité du logiciel semble donc être condamnée à une absence de protection, sauf à démontrer que le logiciel est connu, pour agir sur le fondement du parasitisme, ou à imaginer que la démonstration d'une contribution technique à l'art antérieur puisse lui ouvrir les portes d'une hypothétique brevetabilité.

En second lieu, la Cour de Justice devait déterminer si une licence limitant les finalités d'usage autorisées pouvait restreindre le bénéfice de l'exception de l'article 5.3 de la directive 91/250/CE. Elle permet sans autorisation d'observer, d'étudier ou de tester le fonctionnement du programme afin de déterminer les idées et principes qui le régissent. La Cour précise que ces observations et études du logiciel ne peuvent être interdites par le titulaire du droit d'auteur sur le programme d'ordinateur lorsque ces opérations sont couvertes par la licence, qu'elles consistent au déroulement et chargement nécessaires à l'utilisation du programme et qu'elles ne portent pas atteinte aux droits exclusifs du titulaire de la protection spécifique sur le programme d'ordinateur. En l'espèce, il ne peut y avoir d'atteinte aux droits du titulaire puisqu'aucun accès au code source n'a été rapporté.

Enfin, la Cour s'interroge sur la caractérisation de la contrefaçon d'un manuel d'utilisation de programme d'ordinateur protégé au titre du droit commun du droit d'auteur. En se référant à la directive 2001/29/CE, et à l'arrêt Infopaq (CJCE, 16 juillet 2009, C-5/08), la Cour rappelle que la protection par le droit d'auteur exige une originalité qui postule « *une création intellectuelle propre à son auteur* ». L'originalité d'un manuel d'utilisation se caractérise par le choix, la disposition et la combinaison des mots, chiffres ou concepts mathématiques, et la juridiction de renvoi devra vérifier si la reproduction de ces éléments constitue la reproduction de la création intellectuelle propre à l'auteur du manuel d'utilisation.

La Cour rappelle donc, par l'application du principe classique de non protection des idées, que si le droit sur les programmes d'ordinateur peut apporter des solutions parfois déroutantes, il n'en est pas moins irrigué par le droit d'auteur, qui protège uniquement les formes d'expression et vise ainsi à encourager la création.

Pierre-Emmanuel MEYNARD

Marion PERRUCHE

Brèves

Programme annuel des contrôles de la CNIL pour l'année 2012 : la sécurité au cœur de son action

Le 19 avril 2012, la CNIL a rendu public son programme annuel des contrôles de l'année 2012, adopté le 29 mars.

Le nombre de contrôles prévus cette année est sensiblement supérieur à celui de l'année 2011. Les thèmes abordés dans le programme des contrôles ont été modifiés depuis l'année dernière mais la sécurité reste le dénominateur commun de ces actions.

Le contrôle des dispositifs de vidéoprotection, prérogative nouvelle pour la CNIL depuis la loi d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure du 14 mars 2011, reste au cœur de son action. Il s'agit pour elle désormais de concentrer ses contrôles sur les dispositifs d'ampleur notoire.

Les contrôles opérés sur les smartphones apparaissent comme l'innovation du programme annuel des contrôles cette année. La CNIL a décidé de s'attaquer à la nébuleuse des traitements de données collectées via les smartphones, dans la continuité du contrôle qu'elle avait effectué en 2011 sur le transfert de données à caractère personnel par les *iPhones* vers Apple.

La CNIL poursuivra cette année ses contrôles en matière de sécurité des données de santé et y intègre la question nouvelle de l'hébergement par le biais du *cloud computing*. Il en va de même en matière de sport et de vie privée où elle réitèrera ses contrôles en les orientant notamment sur la lutte contre le dopage.

Enfin, les contrôles plus traditionnels issus de la loi Informatique et Libertés que sont les fichiers de police et les fichiers du quotidien seront toujours à l'ordre du jour en 2012.

Célébration de la journée mondiale de la Propriété intellectuelle

Chaque 26 avril, date d'entrée en vigueur de la Convention instituant l'OMPI en 1970, est célébrée la journée mondiale de la Propriété intellectuelle.

L'année 2012 est l'occasion de mettre en avant les innovateurs visionnaires, qui, par leur ingéniosité et leur talent, ont repoussé les frontières traditionnelles, ouvert de nouvelles perspectives et laissé une empreinte durable, dans le domaine artistique, de la recherche fondamentale et de l'industrie.

La liste de ces innovateurs visionnaires est longue : Turner et Kandinsky, qui ont renouvelé notre perception de la lumière et des formes ; Tchekhov et Mahfouz, dont les œuvres ont révélé de nouvelles manières d'appréhender l'expérience humaine ; Miles Davis et Rostropovitch, qui ont révolutionné la musique de manière durable ; etc.

Francis Gurry, Directeur Général de l'OMPI, a rappelé dans un message l'importance de célébrer la contribution de la propriété intellectuelle à l'innovation et à la création culturelle et de comprendre son rôle primordial dans l'équilibre des intérêts concurrents dans ces domaines. Il précise pour finir qu'étant tributaire de l'innovation pour avancer, il faut la protéger pour appuyer les nouvelles démarches créatives. Mais certaines innovations ne présentent d'intérêt pour la société que si elles sont utilisées et partagées (dans le domaine de la santé notamment) ; des choix politiques sont à faire entre le coût – énorme – de l'innovation dans la médecine moderne et le besoin de compassion, la nécessité de partager les innovations.

3 mai 2012 : ouverture en France des nouveaux IDNs

Il sera désormais possible d'enregistrer des noms de domaine comportant des caractères spéciaux tels que lettres avec accent ou cédille sous une des extensions gérées par l'AFNIC : <.fr> , <.pm>, <.wf>, <.yt>, <.tf> et <.re>. Cette ouverture des extensions françaises aux IDNs (*Internationalized Domain Names*) ou noms de domaine internationalisés, qui intervient assez tardivement par rapport à d'autres pays, permettra l'utilisation d'une trentaine de nouveaux caractères. Auparavant, les noms de domaines devaient être orthographiés uniquement en caractères ASCII, ce qui avait pour effet de limiter les possibilités des titulaires de marques et faisait perdre en signification beaucoup de mots de la langue française. Désormais, pourront être utilisés des noms de domaine plus en adéquation avec la prononciation réelle des mots. Cela représente un outil de communication supplémentaire pour les titulaires de marques.

L'ouverture aux IDNs se déroulera en deux temps : du 3 mai au 3 juillet 2012, sera ouverte la phase dite « Sunrise » qui permettra aux titulaires de noms de domaine ASCII antérieurs d'enregistrer prioritairement un nom de domaine en version IDN correspondante à condition qu'il soit identique et ouvert dans la même extension. Ensuite, à partir du 3 juillet 2012, interviendra l'ouverture généralisée qui sera gouvernée par la règle habituelle du « premier arrivé, premier servi ».

Cependant, cette ouverture est à double tranchant : malgré ses nombreux avantages, elle présente également l'inconvénient d'offrir de nouvelles opportunités aux cybersquatteurs.

Amélie LEBRETON DE VANNOISE

Eva NAUDON

Diane PELLET

La compétence juridictionnelle en matière d'atteinte à un droit d'auteur sur Internet : une clarification espérée de la CJUE

Par un arrêt du 5 avril 2012 (n° 10-15.890, FS P+B+I), la Première chambre civile de la Cour de cassation a posé deux questions préjudicielles à la CJUE afin d'éclaircir cette problématique tout à fait actuelle mais non encore tranchée. Si les litiges internationaux de droit d'auteur ont très tôt fait l'objet d'un instrument conventionnel majeur, la Convention de Berne, signée le 9 septembre 1886, celle-ci ne concerne que la détermination de la loi applicable. En outre, le développement d'Internet a profondément bouleversé les traits de la contrefaçon, lui conférant un caractère mondial qu'elle ne revêtait que rarement auparavant et a ainsi influé sur les solutions classiquement admises, s'agissant tant de la loi applicable que de la juridiction compétente.

La faculté offerte au demandeur par l'article 2 du règlement du 22 décembre 2000 sur la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, dit Bruxelles I, à savoir engager une action en contrefaçon devant les juridictions de l'Etat membre du domicile du défendeur, présente un intérêt limité. En réalité, la victime lui préfèrera le chef de compétence optionnelle en matière délictuelle (article 5.3), qui lui permet de porter son action en contrefaçon devant le tribunal du « *lieu où le fait dommageable s'est produit ou risque de se produire* ». Toutefois, il rencontre alors une difficulté dans l'interprétation de cette notion, dans le cadre d'une atteinte aux droits d'auteur sur Internet.

La Cour de cassation constate que la jurisprudence déjà rendue par la CJUE ne permet pas de déterminer la juridiction compétente en cas de contrefaçon de droit d'auteur en ligne. Certes, la CJUE avait précisé la notion de « lieu du fait dommageable », en matière de délit complexe, lorsque le fait générateur du dommage et le dommage se situent en des lieux différents ; dans un arrêt Mines de Potasse (30 nov. 1976, C-21/76), la Cour visait le « lieu où le dommage est survenu » et le « *lieu de l'événement causal* », offrant ainsi au demandeur une option pour saisir la juridiction compétente. Mais comment caractériser l'existence d'un dommage sur le territoire français, susceptible de fonder la compétence des juridictions françaises?

La CJUE s'est prononcée au sujet d'atteintes aux droits de la personnalité. Un arrêt Fiona Shevill (7 mars 1995, C-68/93) avait considéré que la victime pouvait saisir soit les juridictions de l'État membre du lieu d'établissement de l'éditeur de la publication diffamatoire, compétentes pour réparer l'intégralité des dommages résultant de la diffamation, soit les juridictions de chaque État membre dans lequel la publication avait été diffusée, compétentes pour connaître des seuls dommages causés sur le territoire de cet Etat. Il résulte en outre de l'arrêt Martinez (25 oct. 2011, C-509/09 et C-161/10), rendu en matière d'atteinte à la vie privée au moyen de contenus mis en ligne, que la victime peut aussi obtenir réparation de l'intégralité du dommage causé devant les juridictions de l'Etat membre dans lequel se trouve le centre de ses intérêts, qui sont certainement mieux à même d'évaluer la portée de l'atteinte commise.

Face au silence de la CJUE en matière de contrefaçon, la Cour de cassation a considéré en droit des marques que la simple accessibilité du site sur le territoire français permettait de fonder la compétence des juges français (Civ. 1ère, 19 déc. 2003, Cristal). Cette thèse a suscité une vive opposition de la Cour d'appel de Paris qui exigeait la caractérisation d'un lien substantiel, significatif ou suffisant entre le site litigieux et le dommage invoqué en France (par ex., CA Paris, 9 nov. 2007, eBay), et de la Chambre commerciale qui considère que la seule accessibilité ne suffit pas et impose de rechercher par une évaluation concrète du site si les annonces litigieuses sont destinées au public français (Com., 29 mars 2011).
La thèse de l'accessibilité semble finalement avoir été désavouée par la CJUE elle-même, dans une affaire impliquant l'offre à la vente, sur une place de marché en ligne, de produits de marque non auparavant commercialisés dans l'Espace Economique Européen (12 juil. 2011, C-324/09, L'Oréal / eBay) ; exigeant que soient caractérisés des indices pertinents permettant de conclure que les offres à la vente étaient destinées aux consommateurs situés sur le territoire.

Alors même qu'aucun des arrêts rendus jusqu'à aujourd'hui ne concerne spécifiquement le droit d'auteur, la question se pose donc de savoir si l'on doit s'orienter vers le régime applicable aux droits de la personnalité, vers les solutions admises en droit des marques ou encore si un régime spécifique au droit d'auteur s'impose. Le critère de la simple accessibilité du site semble insuffisant car il fonde une compétence trop large et inappropriée face à Internet dont l'accès se veut par essence mondial. Certains commentateurs font toutefois remarquer que la notion même de public visé ne serait pas pertinente s'agissant des atteintes au droit d'auteur, car la contrefaçon est alors constituée par la seule communication de l'œuvre au public. Soulignons que dans l'affaire présentement soumise à la Cour de cassation, l'atteinte alléguée résulte de l'offre en ligne de supports matériels (par la vente de CD), et non pas seulement de la possibilité de consulter illicitement le contenu protégé sur un site. Aussi l'application des critères applicables en droit des marques est elle envisageable. Une autre proposition consiste à faire application de règles de compétence distinctes, selon que l'atteinte est portée au droit moral ou aux droits patrimoniaux de l'auteur. Néanmoins, la pertinence du critère du « centre des intérêts de la victime », avancé dans l'arrêt Martinez, reste à démontrer puisque la portée de l'atteinte au droit moral de l'auteur ne dépend nullement de sa réputation (sauf à rappeler que la réparation octroyée par les juridictions s'agissant de l'atteinte au droit de paternité est plus conséquente si l'auteur jouit effectivement d'une certaine notoriété) : ainsi, il n'y a *a priori* pas lieu de considérer que les juges de l'Etat membre dans lequel l'auteur a le centre de ses intérêts seraient mieux à même d'apprécier la portée de cette atteinte.

C'est dans ce contexte que, s'agissant de l'atteinte aux droits patrimoniaux d'auteur commis sur Internet par l'offre d'un support matériel contrefaisant ou la mise en ligne de contenus litigieux dématérialisés, la Cour de cassation demande à la CJUE de se prononcer en faveur du critère de l'accessibilité ou de la destination du site litigieux ou encore de préciser un autre lien de rattachement.

La révision du règlement Bruxelles I, prévue pour septembre, apportera peut être des précisions en la matière. D'ici là, la Commission des Affaires juridiques du Parlement votera un rapport le 31 mai.

Coralie BENARD

Fanny CONY

Julie GEMPTEL

Exception of ephemeral recordings : alternative conditions in case of recordings made by a third party

In a recent judgment, the Court of Justice of the European Union clarified the features of the exception of ephemeral recordings of works made by broadcasting organisations by means of their own facilities and for their own broadcasts provided by Article 5(2)(d) of the Directive 2001/29/CE (CJEU, 26th April 2012, DR, TV2 Danmark A/S v. NCB-Nordisk Copyright Bureau, C-510/10).

The proceedings opposed DR and TV2 Danmark, two radio and television broadcasting organisations with the obligation to provide public service programming, and NCB, a company which administers the rights to record and copy music for composers, songwriters and music publishers. The main point in the dispute was to know whether the exception for ephemeral recordings covers recordings made by legally independent external television production companies and what conditions should be applied in this case. Indeed, DR and TV2 Danmark had commissioned recordings from such companies for their programs and claimed that the exception of ephemeral recordings should apply. However, the provision implementing the exception in Danish law did not distinguish between recordings made by broadcasting organisations and recordings commissioned by them to third parties.

Thus the Court of Justice of the European Union had to answer three questions:

1. Whether the terms "by means of their own facilities" in Article 5(2)(d) and "on behalf of and under the responsibility of the broadcasting organisation" in recital 41 of the preamble should be interpreted with reference to national law or to European Union law.

2. Whether the wording of Article 5(2)(d) should be interpreted as meaning "on behalf of and under the responsibility of the broadcasting organisation" as in the Danish, French and English versions of the Directive, or "on behalf of or under the responsibility of the broadcasting organisation" as in the German version.

3. What criteria should be applied to determine whether a recording made by a third party qualifies for the exception.

Firstly, the Court of Justice of the European Union decides that the terms of Article 5(2)(d) must be given an independent and uniform interpretation within the framework of European Union law. It can be noted that to exclude the application of the Berne Convention, the Court uses the same reasoning as it did in the *Luksan Case* (9th February 2012, C-277/10) : the adoption of the Directive barred the possibility left to the national legislature to use the option offered by article 11bis of the Berne Convention to the Member States : "It shall [...] be a matter for legislation in the countries of the Union to determine the regulations for ephemeral recordings made by a broadcasting organization by means of its own facilities and used for its own broadcasts" (article 11bis).

Secondly, the Court had to precise whether the conditions set out in recital 41 in case of recordings made by a third party are alternative or cumulative. The Court stresses that each condition is in itself and independently of the other capable of fulfilling the objective pursued in Article 5(2)(d) which is that the recording should be made with the "own facilities" of the broadcasting organization. It underlines that both conditions ("a recording made by a third party on behalf of a broadcasting organization" or "a recording made by a third party under the responsibility of a broadcasting organization") allow a close link between this third party and the broadcasting organization, therefore preventing the third party from using the exception independently.

Thirdly, the Court sets out different circumstances in which the third party is deemed to act on behalf or under the responsibility of a broadcasting organization.

Hence, if the third party is regarded as acting on behalf of the broadcasting organization, the Court does not give any criteria, stating that the "generally" unambiguous nature of the relationship will allow the link to be made.

However, to determine if a third party acts under the responsibility of a broadcasting organization, one must characterize the fact that the broadcasting organization is to be accountable for every act of any person connected with the reproduction of the protected work ; the final artistic or editorial decision on the content of the reproduced program being irrelevant.

In this decision, the Court finds a compromise between the freedom to conduct a business and refers to Article 16 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union and the copyright by retaining two alternative conditions in the interpretation of the exception of ephemeral recordings in presence of a third party and by requiring an obvious link between the broadcasting organization and the third party commissioned. Once again, the court tries to find a balance between conflicting interests.

France did not implement the exception, however the solution might be used in the interpretation of Article L.214-1 CPI which provides an exception which only applies to phonograms and performers.

Floriane CHARTIER

Laurène LABORDE

Interview

Victor NABHAN

Président de l'ALAI (Association littéraire et artistique internationale)

Palimpseste : Pourriez-vous nous présenter en quelques mots votre parcours tant universitaire que professionnel ?

Victor NABHAN : Ayant suivi mes études de droit en France, au Liban et à New York, j'ai par la suite enseigné pendant plus de 25 ans à l'Université Laval au Québec. Je suis désormais consultant *free-lance* et travaille pour diverses organisations internationales, dont l'OMPI. Je suis également président de l'ALAI depuis 1996, ONG dont les juristes ont rédigé la première version de la Convention de Berne. Celle-ci compte désormais vingt-huit groupes nationaux et est très active auprès des organisations internationales, dans le cadre de leurs négociations, ainsi que des Etats, en cas de réformes nationales touchant au droit de la propriété intellectuelle. J'ai par ailleurs travaillé à la rédaction de plusieurs lois sur le droit d'auteur au Canada et dans les pays en développement, notamment dans la région arabe.

P : Pouvez-vous nous en dire un peu plus sur le travail que vous avez effectué auprès de ces pays arabes ?

VN : Un facteur primordial permet d'expliquer le développement récent du droit de la propriété intellectuelle dans les pays en développement, alors que ceux-ci considéraient la matière comme un instrument servant essentiellement les intérêts des pays développés : il s'agit de la volonté d'adhérer à l'OMC, ce qui implique d'accepter la totalité de ses accords, dont les ADPIC. Avec les traités OMPI de 1996, ce fut l'agenda Internet qui constitua la force motrice.
Mon travail était diversifié. Dans mon rôle de « légiste », il s'agissait d'aider les rédacteurs locaux à transposer les normes internationales dans leurs lois nationales. Les traités comportent des règles obligatoires auxquelles on ne peut déroger. Mais ils ne sont pas dénués de souplesses, sur lesquelles je m'efforçais d'attirer leur attention dans un souci d'adaptation aux intérêts nationaux. D'autre part, il y avait un aspect « éducatif », comportant des interventions dans des séminaires de formation destinés à des professionnels (avocats, fonctionnaires, magistrats, professeurs d'université) ainsi qu'au grand public. A cet égard, j'ai conçu un livre à trois volets auxquels ont participé trois professeurs de droit (francophone, arabophone et anglophone), illustrant chacun, dans leurs langues respectives, les notions fondamentales du droit d'auteur au moyen d'exemples tirés de la jurisprudence. Il était aussi important lors de ces missions de mettre l'accent sur le fait qu'une protection efficace du droit d'auteur est essentielle pour la préservation des industries culturelles locales, dont la survie est gravement menacée par les activités de piraterie.

P : Quel bilan tirez-vous du rapport de force, en matière de protection de la propriété intellectuelle, entre les pays développés et ceux en développement?

VN : Question délicate s'il en est ! En schématisant, et donc en forçant le trait, on peut affirmer que l'on a assisté dans les années 90 à un déferlement d'instruments internationaux (ADPIC, les deux traités OMPI). L'initiative provenait principalement des pays développés. Les pays en développement ont, en gros, suivi ou subi le mouvement. Par la suite, on assiste à une volonté de certains pays en développement de jouer un rôle actif, à faire entendre leur voix et leur poids (puisqu'ils sont majoritaires à l'OMPI). Cela se manifeste d'abord par un processus de blocage de certaines initiatives de traités émanant de pays développés : ainsi, par exemple, perdure depuis une quinzaine d'années la négociation visant à l'adoption d'un traité protégeant les organismes de radiodiffusion, dont la justification est incontestable. Mais on assiste de plus à des initiatives provenant ou parrainées par des pays en développement, en faveur de traités contenant des exceptions obligatoires ciblant des catégories spécifiques d'utilisateurs. Trois initiatives distinctes visent les handicapés visuels, les exceptions aux fins d'enseignement et, enfin, les bibliothèques et services d'archives. Ce phénomène va d'ailleurs de pair avec les idées véhiculées dans certains milieux en faveur de plus de liberté d'utilisation des œuvres de l'esprit au nom de la libre circulation de l'information.

Najma BICHARA

Sophie DEMAREZ OYENS

Votre cabinet ou votre société peut parrainer notre association.
Pour plus d'informations, merci de nous contacter à l'adresse suivante : masterpia.palimpseste@gmail.com